Schadensersatz wegen Nichterfüllung beim Werkvertrag. § 635 BGB.

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR

ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE

DER

JURISTISCHEN FAKULTÄT

DER

Schlesischen Friedrich-Wilhelms-Universität
zu Breslau

vorgelegt von

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

Johannes Jasiński,
Kammergerichtsreferendar aus Berlin.

BERLIN
Verlag von R. Trenkel
1912.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Universität.

Referent: Professor Dr. Schott.
Korreferent: Professor Dr. Leonhard.

Meinen Eltern!

Übersicht.

Seite

§ 1. A. Einleitung 9

B. Ausführung 12

§ 2. I. Wesen, Inhalt, Umfang des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung beim Werkvertrag 12

§ 3. II. Ermittelung des Schadensersatzes. Seine wahlweise Geltendmachung . 17

III. Voraussetzungen für die Geltendmachung des Ersatzanspruchs . . . 19

§ 4. a) Das gelieferte Werk muß mangelhaft sein 19

§ 5. b) Der Mangel muß auf einem Umstande beruhen, den der Unternehmer zu vertreten hat 22

α) Umfang der Vertretungspflicht des Unternehmers 23

β) Konkurrierendes Verschulden des Bestellers 26

§ 6. c) Der infolge des Mangels entstandene Schaden muß dem Werke unmittelbar anhaften 27

§ 7. d) Es müssen dieselben Voraussetzungen erfüllt sein, unter denen der Besteller gemäß § 634 BGB. Wandelung oder Minderung verlangen kann 29

Seite

§ 8. IV. Haftung des Unternehmers nach den allgemeinen Vorschriften des BGB. über gegenseitige Verträge 33
§ 9. V. Wegfall des Schadensersatzanspruches 34
§ 10. VI. Gerichtsstand und Beweislast . . . 35
§ 11. VII. Verjährung 37
§ 12. C. Zusammenfassung 43

Literaturverzeichnis.

Cosack = Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. IV. Aufl. 1904.

Dernburg, Bürg R. = Dernburg, das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preußens. Schuldverhältnisse. Bd. II, Abt. 1 u. 2. 1906.

DJZ. = Deutsche Juristen-Zeitung.

27. DJT. = 27. Deutscher Juristentag.

E. = Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Bd. I und II.

Endemann = Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. I. 9. Aufl. 1903.

Gruch. Beitr. = Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.

Iherings J. = Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts.

JW. = Juristische Wochenschrift.

Mot. = Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Bd. I und II.

Neumann, BGB. = Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches. Bd. I. V. Aufl. 1909.

Neumanns JDR. = Neumanns Jahrbuch des deutschen Rechts.

Oertmann = Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Recht der Schuldverhältnisse. III. und IV. Aufl. 1910.

Planck = Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. III. Aufl. Bd. I: Einleitung und Allgemeiner Teil, 1903. Bd. II: Recht der Schuldverhältnisse. 1907.

Prot. = Protokolle zum Entwurfe des Bürgerlichen Gesetzbuches. Bd. I.

R. = Das Recht.

RG. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Rspr. d. OLG. = Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts, herausgegeben von Mugdan und Falckmann.

Sächs.Rpfl. A. = Archiv für sächsische Rechtspflege.

Schlesw.-Holst. A. = Schleswig-Holsteinische Anzeigen.

Seufferts A. = Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.

v. Staudinger = v. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. II b. Schuldverhältnisse. II. Aufl. 1906.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548201_0034

A. Einleitung.

§ 1.

Nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 325, 326 BGB. über gegenseitige Verträge kann bei nachträglich eintretender Unmöglichkeit der Leistung oder bei Verzug des einen Teiles der andere für die vom Gesetze bezeichneten Fälle „Schadensersatz wegen Nichterfüllung" verlangen oder vom Vertrage zurücktreten. Bei teilweiser Unmöglichkeit der Leistung bzw. falls der Schuldner nur mit einem Teile derselben im Verzuge ist, kann der Gläubiger, wenn die teilweise Erfüllung des Vertrages für ihn ohne Interesse ist, von dem ganzen Vertrage zurücktreten oder nach Maßgabe des § 280 Abs. 2 Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit fordern.

Über die Bedeutung dieses Schadensersatzes wegen Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen gehen die Ansichten der Rechtsgelehrten weit auseinander. Zwei Theorien stehen sich hier gegenüber. Nach der Austausch- oder Surrogationstheorie wird das beiderseitige Schuldverhältnis durch die Unmöglichkeit oder den Verzug an sich nicht berührt. Der Gläubiger, welcher den Schadensersatzanspruch geltend macht, ist — unbeschadet der Einrede des nicht erfüllten Vertrages aus § 320 BGB. — nach wie vor weiter verpflichtet, seinerseits die ihm obliegende Gegenleistung zu bewirken[1]). Er „bleibt zu der Entschädigungspflicht des Gegners in demselben synallagmatischen Verhältnisse stehen

---

[1]) So Dernburg Bürg.R. II § 98, V S. 210, 215, II § 177 S. 34 Anm. 2; Planck II § 325 Bem. 1a; Oertmann § 325 Bem. 1a.

wie zu der ursprünglichen Verbindlichkeit“ [1]). Danach tritt der Schadensersatz lediglich an die Stelle der ausbleibenden Leistung.

Nach der zweiten und hier vertretenen Auffassung dagegen, der sog. Differenztheorie, die heute auch wohl als die herrschende zu bezeichnen ist, ist der Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen „von vornherein die Differenz zwischen dem Interesse des Gläubigers an der Leistung des Gegners und dem Werte, den das Behalten der eigenen Leistung für ihn hat“ [2]). Der Ersatzanspruch tritt hiernach an Stelle des ganzen gegenseitigen Rechtsverhältnisses und nicht nur, wie die Austauschtheorie annimmt, an Stelle der ausbleibenden ursprünglichen Leistung des schuldigen Teiles. Die beiden entgegenstehenden Theorien führen in praktischer Hinsicht im Schlußresultate zu ganz verschiedenen Ergebnissen, wenn die dem Gläubiger obliegende Gegenleistung nicht in Geld, wie z. B. beim Tausch, besteht [3]).

Die Vorschriften über den Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen berücksichtigen nicht nur die Interessen des Gläubigers, sondern auch die des Schuldners genügend. Zum Schutze des letzteren insbesondere ist die Geltendmachung der gläubigerischen Schadensersatzansprüche von dem Vorhandensein bestimmter Voraussetzungen abhängig gemacht worden. Danach muß im Falle des § 325 BGB. die Unmöglichkeit der dem Schuldner obliegenden Leistung auf einem von ihm zu vertretenden Umstande beruhen. Dieser setzt voraus, daß der Schuldner den zur Unmöglichkeit der Leistung führenden

---

[1]) Kisch in Iherings J. Bd. 44 S. 68 ff.

[2]) v. Staudinger IIa, Vorb. vor § 323 B., auch zu § 325 Bem. 1a; Schöller in Gruch. Beitr. Bd. 44 S. 603 ff., Bd. 45 S. 511 f.; Oswalt, DJZ. 1899 Bd. 4 S. 214; von der Rechtssprechung RG. Bd. 50 S. 264 ff., Bd. 52 S. 355 f., Bd. 53 S. 14, Bd. 57 S. 106 f., Bd. 58 S. 173 ff., 177; Rspr. d. OLG. Bd. 4 S. 224. (Darmstadt.) Im Grundsatz auch der Beschluß des 27. DJT.: 27. DJT. 4 S. 112 ff., 161, 627 ff.

[3]) Kisch in Iherings J. Bd. 44 S. 70.

Umstand im Sinne des § 276 BGB. vorsätzlich oder fahrlässig herbeigeführt hat[1]). Im Falle des § 326 BGB. ist Voraussetzung des Ersatzanspruchs, daß der Gläubiger dem im Verzuge befindlichen Schuldner eine angemessene Frist gesetzt hat mit der Androhung, die Annahme der Leistung nach dem Ablaufe der Frist abzulehnen, und daß letztere fruchtlos abgelaufen ist. Die Fristbestimmung erübrigt sich nur in den Fällen, in denen die Erfüllung des Vertrages infolge des Verzuges für den Gläubiger ohne Interesse ist oder der Schuldner seine Leistung endgültig und bestimmt verweigert hat[2]).

Ferner ist zugunsten des Schuldners bei Bemessung des Schadens der § 254 BGB. über Kulpakompensation zu berücksichtigen. Hiernach hat der Gläubiger insbesondere die Pflicht, sich hinsichtlich Vornahme oder Unterlassung des Deckungskaufs bzw. -verkaufs angemessen zu verhalten[3]).

Außer diesen allgemeinen Vorschriften enthält das BGB. für eine Reihe von gegenseitigen Verträgen noch besondere Bestimmungen über den Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Auch für den Werkvertrag ist eine solche im § 635 vorgesehen. Sie hat für das wirtschaftliche Leben eine hohe Bedeutung. Dies ist um so mehr der Fall, als sie nicht nur die eigentlichen Werkverträge, sondern gemäß § 651 BGB. auch Werklieferungsverträge, soweit es sich bei diesen um die Herstellung von nicht vertretbaren Sachen handelt, umfaßt[4]).

Im folgenden wollen wir nun untersuchen, welche Rolle der Schadensersatz wegen Nichterfüllung beim Werkvertrage spielt.

---

[1]) R. 1904 S. 385 (Breslau).

[2]) RG. Bd. 53 S. 166; JW. 1905 S. 17; RG. Bd. 57 S. 112.

[3]) v. Staudinger Bd. II a § 326, III 1 a γ; RG. Bd. 50 S. 268, Bd. 52 S. 152, Bd. 57 S. 105; JW. 1905 S. 17 u. 18.

[4]) Planck II, Vorbem. 1 zu §§ 633—639.

B. Ausführung.

§ 2. I. Wesen, Inhalt, Umfang des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung beim Werkvertrag.

Der § 635 BGB. lautet:

„Beruht der Mangel des Werkes auf einem Umstande, den der Unternehmer zu vertreten hat, so kann der Besteller statt Wandelung oder Minderung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen."

Was bedeutet nun zunächst: der Besteller kann „Schadensersatz wegen Nichterfüllung" verlangen?

Das Wesen des Ersatsanspruchs aus § 635 beruht darin, daß dem Besteller das Behalten eines unbrauchbaren Werkes nicht zugemutet werden kann [1]). Es erhebt sich hier die gleiche Frage wie bei den §§ 325, 326 BGB., nämlich, ob der Ersatzberechtigte zur Bewirkung seiner Gegenleistung verpflichtet bleibt oder nicht [2]). Die Frage ist bereits in der Einleitung behandelt worden. Auf jene Erörterungen wird daher verwiesen. Was daselbst bezüglich der Bedeutung des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen im allgemeinen gesagt ist, gilt auch im besonderen für den Werkvertrag. Danach erlischt — unter Zugrundelegung der Differenztheorie — der Anspruch des Ersatzpflichtigen Unternehmers auf die Gegenleistung des Bestellers.

Der Inhalt des begründeten Schadensersatzanspruches wegen Mängel des Werkes besteht darin, daß seine Geltendmachung die gegenseitigen Leistungen unmittelbar berührt und der Besteller Schadensersatz dafür fordern kann, daß er

[1]) v. Staudinger II b. § 635 Bem. 1 b.
[2]) Planck II § 635 Bem. 3.

die ihm seitens des Unternehmers geschuldete Leistung — nämlich das bedungene Werk — nicht in ihrer vollen vertragsmäßigen Beschaffenheit gegen die ihm obliegende Gegenleistung — die Zahlung des Werklohnes — erhalten hat. Der Vertrag bleibt im Gegensatze zur Wandelung zwar rechtlich bestehen, der Unternehmer kann jedoch aus ihm nichts fordern [1]). Der dem Besteller erwachsene Schaden ist somit nicht für sich zu ermitteln, wie die Anhänger der Austauschtheorie annehmen, sein Betrag und der des Werklohnes sind nicht „bis zur gleichen Höhe gegeneinander aufzurechnen oder miteinander auszugleichen", so daß der schadensersatzpflichtige Unternehmer einen etwaigen Überschuß des Werklohnes zu erhalten hätte [2]), vielmehr wird der ersatzberechtigte Besteller von der Zahlung der vereinbarten Vergütung vollständig frei; das ganze beiderseitige Rechtsverhältnis konzentriert sich auf das Recht und die Pflicht zum Schadensersatze [3]). Der vereinbarte Werklohn dagegen hat nur noch „die Bedeutung, daß er einen Faktor für die Höhe der dem Gegner zustehenden Ersatzforderung bildet" [2]) [4]). Der günstigste Fall für den zum Schadensersatz verpflichteten Unternehmer ist daher — abgesehen von dem weiter unten zu besprechenden Falle des konkurrierenden Verschuldens des Bestellers — vgl. § 5 b β der vorliegenden Arbeit — der, daß er selbst nicht zu zahlen braucht. Letzteres gilt auch für den Fall, daß der Schadensersatzanspruch des Bestellers sich als von vornherein unbegründet herausstellt, oder daß er an sich zwar begründet ist, ein Übereinkommen der Kontrahenten jedoch nachgewiesen wird, demzufolge der Unternehmer nur verpflichtet sein soll, das Werk wieder zurückzunehmen, nicht dagegen Schadensersatz zu leisten [5]). Denn die Vorschrift des § 635 hat dispositiven Charakter [6]).

---

[1]) v. Staudinger II b. § 635 Bem. 1 b.
[2]) v. Staudinger II b. § 635 Bem. I b; RG. Bd. 58 S. 177.
[3]) RG. Bd. 69 S. 384.
[4]) RG. Bd. 58 S. 177.
[5]) v. Staudinger II b. § 635 Bem. 1 b.
[6]) Planck II, Vorbem. 5 zu §§ 633–639.

Der Ersatzanspruch wegen Nichterfüllung beim Werkvertrage entspricht seinem Inhalte und Umfange nach demjenigen beim Kauf [1]). Wie bei diesem im Falle des § 463 BGB. ist auch beim Werkvertrage unter „Schadensersatz wegen Nichterfüllung“ im Sinne des § 635 BGB. richtiger Ansicht nach der Ersatz des wegen totaler Nichterfüllung des Vertrages entstandenen Schadens zu verstehen. Der Besteller kann demnach für den Fall, daß das Werk Mängel aufweist, die der Unternehmer zu vertreten hat, unbedingt den Standpunkt einnehmen, daß der Unternehmer seine Verbindlichkeit überhaupt nicht erfüllt habe [2]). Er kann das mangelhafte Werk ablehnen und „sein ganzes Erfüllungsinteresse d. h. Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Vertrages schlechthin“ verlangen [3]). Für die Geltendmachung dieses Rechtes ist es nicht etwa erforderlich, daß das Werk im mangelhaften Zustande für den Besteller ohne Interesse ist [3]).

Oertmann dagegen meint, daß ebenso wie beim Kauf auch beim Werkvertrage der Schadensersatz wegen Nichterfüllung nur Ersatz desjenigen Schadens sei, der gerade durch die Mangelhaftigkeit der Leistung erwachsen ist [4]). Nach seiner von Planck [5]), Eccius [5]) u. a. unterstützten Auffassung ist ein Recht des Bestellers, das vertretbare mangelhafte Werk zurückzuweisen und das volle Interesse zu fordern aus § 635 allgemein nicht zu entnehmen. Nach ihm „kann“ der Ersatzanspruch des Bestellers sich unter Umständen zu einem Anspruche auf das volle Erfüllungsinteresse ausdehnen, nämlich gemäß § 325 Abs. 1 Satz 2 dann, wenn es für ihn kein Interesse hat, das Werk nebst Ersatz für den Mangel gegen Zahlung des Werklohnes zu behalten. Diese weitgehende Bedeutung komme aber

[1]) Oertmann § 635 Bem. 2 b; v. Staudinger II b § 635 Bem. 1; Endemann I § 175 Nr. 4 Anm. 68.

[2]) v. Staudinger Bem. 8 zu § 463 a; RG. Bd. 53 S. 92.

[3]) JW. 1902 Beil. S. 235; RG. Bd. 52 S. 355.

[4]) Oertmann § 635 Bem. 2 b.

[5]) Planck II § 635 Bem. 2a und § 463 Bem. 4; Eccius in Gruch. Beitr. Bd. 43 S. 335.

dem Anspruche nicht ohne weiteres zu [1]). Demgegenüber weist von Staudinger [2]) auf den Wortlaut „wegen Nichterfüllung“ hin und bemerkt mit Recht, daß der Gesetzgeber, wenn er den engeren Begriff des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung gewollt hätte, „wohl einen beschränkteren Ausdruck, wie z. B. Schadensersatz wegen Mangelhaftigkeit“ der Sache oder dgl. gewählt hätte. Auch bei den einseitigen Schuldverhältnissen, z. B. in den §§ 280 Abs. 2, 286 Abs. 2, hat die „Nichterfüllung“ den weiten Sinn [3]). Es ist schwer anzunehmen, daß der Ausdruck bei den gegenseitigen Verträgen eine andere Bedeutung haben soll. Die hier vertretene Auffassung findet ferner darin eine gewisse Stütze, daß der Gesetzgeber überall, wo er den engeren Standpunkt im Auge hatte, diese Absicht durch eine beschränktere Fassung der betreffenden Vorschriften auch deutlich zu erkennen gegeben hat [4]). Aus den Motiven zu dem Entwurfe des BGB. läßt sich der beschränktere Begriff gleichfalls nicht entnehmen [5]).

Es ist jedoch zu bemerken, daß wie der Käufer so auch der Besteller des Werkes nicht etwa gesetzlich verpflichtet ist, den Schadensersatz nur in dem weiten Sinne zu verlangen, vielmehr steht es ihm frei, unter Beibehaltung des mangelhaften Werkes nur Ersatz desjenigen Schadens zu fordern, der ihm gerade durch die Mangelhaftigkeit des Werkes entstanden ist [6]).

[1]) Derselben Ansicht auch OLG. Braunschweig im Recht 1906 S. 858.

[2]) v. Staudinger II b § 463 Bem. 8 a. Dasselbe gilt für den Werkvertrag.

[3]) v. Staudinger II b § 463 Bem. 8 a; bezüglich des § 326 Abs. 1 vgl. insbesondere RG. Bd. 50 S. 263 ff.

[4]) Z. B. in § 341 Abs. 2 die Worte: Schadensersatz wegen „nicht gehöriger“ Erfüllung; § 524 Abs. 1: den „daraus“ entstehenden Schaden.

[5]) Mot. II. S. 228 243; vgl. auch E. I §§ 385, 398 E. II §§ 400, 415; Prot. I, S. 679 ff., 686 ff.; RG., Bd. 52, S. 356 ff.

[6]) RG. im Recht 1903 S. 78; RG. Bd. 49 S. 51; RG. Bd. 53 S. 92; Rspr. d. OLG. Bd. 4 S. 37; Neumann, BGB. zu § 463 Bem. 2; v. Staudinger II b § 463 Bem. 8 b.

Hat der Besteller den vereinbarten Werklohn bereits ganz oder teilweise gezahlt, so kann er denselben ganz entsprechend dem Rechte des Käufers zurückverlangen, da nicht „abzusehen ist, welchen Unterschied es machen könnte, ob der Anspruch auf Zahlung oder Rückzahlung gerichtet wird [1])". Dies gilt auch für den Fall, daß er nicht mehr im Besitze des gelieferten mangelhaften Werkes ist. Ebenso kann er Erstattung etwaiger Vertragskosten, desgleichen Ersatz von Aufwendungen, die zur Beseitigung des Mangels nötig waren, sowie Zinsen von aufgewendetem Gelde fordern [2]).

Hat der Besteller an dem mangelhaften Werke Arbeiten und Veränderungen vornehmen lassen, durch die dasselbe in wesentlich höherem Grade verbessert worden ist, als es nötig war, um ihm die vom Unternehmer garantierten Eigenschaften zu verschaffen, so kann er natürlich, da das Werk nunmehr einen höheren Wert hat, als es bei seiner vertragsmäßigen Herstellung gehabt hätte, Ersatz nur insoweit fordern, als die Verbesserungsarbeiten gekostet hätten, welche zur Herstellung des vertraglichen Zustandes erforderlich gewesen wären. Eine Mehrforderung seitens des Bestellers würde einer geeigneten Grundlage entbehren [3]). Dasselbe gilt, wenn der Besteller Teile des Werkes von nicht unerheblichem Werte, die er durch Nachbesserung in den vertragsmäßigen Zustand versetzen konnte, neu angeschafft und hierbei höhere als die Nachbesserungskosten aufgewendet hat. Selbst wenn er den Mehraufwand in gutem Glauben an seine Notwendigkeit gemacht hat, kann er denselben nicht ersetzt verlangen [3]).

Betrachtet man bei dem Schadensersatzanspruch aus § 635 auch die Kosten, die zur Herstellung des dem Vertrage der Parteien entsprechenden Zustandes erforderlich, jedoch vom Besteller noch nicht verwendet sind, als einen schon jetzt bestehenden und zu ersetzenden Schaden, so

[1]) RG. Bd. 50 S. 190; v Staudinger II b § 463 Bem. 8c: anderer Ansicht Rspr. d. OLG., Bd. 4 S. 38 ferner Planck II § 463 Bem. 4.

[2]) Planck II § 635 Bem. 3; RG in JW. 1904 S. 140/41.

[3]) RG. im R 1911 Nr. 1723.

darf die Entschädigungssumme, die dem ersatzberechtigten Besteller zuzusprechen ist, die Differenz zwischen dem mangelhaften und einem mangelfreien Werke nicht übersteigen, da anderenfalls eine Bereicherung des Bestellers eintreten könnte, nämlich für den Fall, daß er die zugebilligte Entschädigungssumme bekäme, die Beseitigung der Mängel des Werkes jedoch ganz oder doch zum Teil unterließe [1]).

Der Anspruch des Bestellers auf Schadensersatz gegen den Unternehmer wegen Mängel des Werkes bleibt auch dann bestehen, wenn er das gelieferte Werk an einen Dritten veräußert hat. Denn für das Rechtsverhältnis zwischen dem Besteller und dem Unternehmer ist der von ihnen abgeschlossene Vertrag maßgebend. Die Ersatzansprüche des ersteren werden durch die Stellungnahme dritter Personen nicht berührt [2]). Aus den ihm fremden Verträgen des Bestellers mit anderen Erwerbern und „aus den hiernach zur Entwicklung gekommenen Beziehungen zwischen dem Besteller und den Erwerbern darf der Unternehmer Einwendungen nicht entnehmen, er ist hierzu nicht legitimiert“ [2]).

Bietet der Unternehmer dem Besteller nachträglich für das mangelhafte Werk ein anderes an, so braucht dieser dasselbe nicht anzunehmen [3]), da anderenfalls die Verwirklichung seines Schadensersatzanspruches in dem oben erörterten weiten Umfange von dem Unternehmer durch das nachträgliche Erbieten, ein anderes Werk zu liefern, vereitelt werden könnte [4]).

§ 3. II. Ermittlung des Schadensersatzes. Seine wahlweise Geltendmachung.

Die Ermittlung des Schadensersatzes aus § 635 erfolgt nach den allgemeinen Regeln. Der Anspruch kann auf Wiederherstellung des früheren Zustandes und, soweit da-

[1]) RG. im R. 1907 S. 571.

[2]) RG. im R. 1911 Nr. 1722.

[3]) RG. Bd. 52 S. 358. Was hier bezüglich des Kaufes gesagt ist, gilt auch für den Werkvertrag.

[4]) v. Staudinger II b, § 463 Bem. 8d; RG. Bd. 52 S. 58.

durch kein voller Ersatz geleistet wird, weiter auf Entschädigung in Geld gerichtet sein [1]). Hierbei braucht Wandelung in erster Linie nicht vorgenommen zu werden; denn der schadensersatzberechtigte Besteller kann vom Unternehmer die Zurücknahme des mangelhaften Werkes auch ohne Aufhebung des Vertrages selbst verlangen [2]). Der Besteller kann ähnlich dem Käufer seinen Schaden auf jede Art berechnen. Er kann seinen Ersatzanspruch sowohl in konkreter Weise, indem er nachweist, welcher Schaden ihm im einzelnen Falle entstanden ist, als auch in abstrakter Weise begründen, indem er auf den Wert bzw. Marktpreis des mangelfreien Werkes Bezug nimmt, derart, daß der Unternehmer mindestens die Differenz zwischen dem Werte des Werkes, falls es keine Mängel hätte, und dem vereinbarten Werklohn zu zahlen hat [3]).

Für die Wertberechnung kommen ebenfalls die allgemeinen Grundsätze zur Anwendung. Nach diesen kann sich der Besteller aller an sich zulässiger Beweismittel bedienen, um den Wert des Werkes darzutun [4]).

Bei der Ermittlung des Zeitpunktes für die Berechnung des Schadens sind die aus dem Werkvertrage sich ergebenden Lieferungsbestimmungen zugrunde zu legen, in der Regel also der Zeitpunkt des Ablaufs der nach § 634 erforderlichen Frist [5]), auf die weiter unten näher einzugehen ist — vgl. § 7 der vorliegenden Arbeit —.

Den Schadensersatz wegen Nichterfüllung kann nach dem Wortlaute des § 635 der Besteller ebenso wie der Käufer im Falle des § 463 BGB. „statt“ Wandelung oder Minderung, d. h. nicht etwa „anstatt“, sondern „nach Wahl neben den Rechten der Wandelung und Minderung“ geltend

---

[1]) Hess. Rspr. Bd. 8 S. 61 f. (Darmstadt) in Neumanns JDR. 1908 zu § 635 Bem. 2 a.

[2]) RG. Bd. 58 S. 177.

[3]) Rspr. d. OLG. Bd. 4 S. 16 ff. (Hamburg), 224 (Darmstadt).

[4]) Neumann, BGB. zu § 326 II 2 e β; RG. Bd. 53 S. 14.

[5]) Neumann, BGB. zu § 326 II 2 e γ; RG. Bd. 57 S. 114, RG. in JW. 1900 S. 255 Nr. 10.

machen [1]). Kumulativ mit dem Anspruch aus § 635 können die Rechte auf Wandelung oder Minderung vom Besteller selbstverständlich nicht geltend gemacht werden. Dagegen kann dieser die Ansprüche aus §§ 633, 634 mit dem Schadensersatzanspruch eventuell, d. h. für den Fall, daß derselbe sich als unbegründet herausstellt, verbinden [2]).

III. Voraussetzungen der Geltendmachung des Ersatzanspruchs.

§ 4. a) Das gelieferte Werk muß mangelhaft sein.

Die Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs aus § 635 ist von dem Vorhandensein gewisser Voraussetzungen abhängig.

Zunächst ist es erforderlich, daß das gelieferte Werk überhaupt einen „Mangel“ aufweist. Unter letzterem ist nach dem BGB. „nur der Mangel in der physischen Beschaffenheit“ des Werkes zu verstehen [3]). Unter die Mängel des Werkes fällt nach § 633 Abs. 1 ebenso wie beim Kauf das Fehlen einer vom Unternehmer zugesicherten Eigenschaft sowie das Vorhandensein von Fehlern, die „den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauche aufheben oder mindern“. Auf die Erheblichkeit der Mängel kommt es hier im Gegensatz zu der entsprechenden Vorschrift beim Kauf [4]) gar nicht an [5]).

Unter „Zusicherung“ ist — ähnlich wie im Römischen Recht — nicht jede vom Unternehmer in einer Annonce,

---

[1]) Oertmann, § 635 Bem. 2; a. M. anscheinend Neumann, BGB. § 635 Bem. 1.

[2]) v. Staudinger II 2 § 635 Bem. 1 d; Oertmann § 635 Bem. 2; RG. Bd. 58 S. 178.

[3]) Endemann I § 161 Nr. 1.

[4]) § 459 Abs. 1 Satz 2 BGB.

[5]) Oertmann § 635 Bem. 1; ähnlich v. Staudinger II b § 635 Bem. 1 a; Endemann I § 175 Nr. 4 Bem. 62; OLG. Naumburg im R. 1905 S. 562.

Offerte oder sonst beim Vertrage gemachte tatsächliche Angabe — dicta et promissa — bezüglich einer Eigenschaft des Werkes zu verstehen. Eine solche Erklärung kann unter Umständen nur eine Anpreisung enthalten, die im Verkehr üblich und nicht ernst zu nehmen ist[1]). Hierin könnte höchstens ein Verstoß gegen die guten Sitten liegen — § 826 BGB. — und der Unternehmer daher wegen unerlaubter Handlung haftbar gemacht werden[2]). Als „Zusicherung" einer Eigenschaft des Werkes gilt vielmehr nur eine Erklärung des Unternehmers, die vom Besteller als „vertragsmäßige verlangt" und vom Unternehmer in „vertragsmäßig bindender Weise" abgegeben ist[2]) [3]).

Es genügt sonach nicht eine einseitige Zusicherungserklärung, sondern zum Eintritt ihrer Wirkung wird eine besondere zweiseitige Abmachung erfordert. Ist für den Vertrag selbst eine bestimmte Form vorgeschrieben, so bedarf auch die Zusicherung zu ihrer Gültigkeit derselben Form[4]). Bei Verträgen dagegen, bei denen das Gesetz keine besondere Form verlangt, braucht die Zusicherung nicht ausdrücklich zu sein[5]). Die Folgen einer rechtswirksamen Zusicherung treten von Gesetzes wegen ein, der Unternehmer braucht sie nicht besonders übernommen zu haben[6]). Es ist auch keineswegs erforderlich, daß eine bestimmte

---

[1]) Oertmann § 459 Bem. 5a; Planck II § 459 Bem. 2a; l. 9 pr. D. 21,1: quae ad nudam laudem pertinent.

[2]) Planck II § 459 Bem. 2a.

[3]) RG. in JW. 1903 Beil. S. 43 Nr. 93, S. 124 Nr. 274; RG. Bd. 54 S. 223; Gruch. Beitr. Bd. 48 S. 340, 593 ff.; ähnlich Seufferts A. Bd. 60 (neue 3. Folge Bd. 5) Nr. 4 S. 8; OLG. Frankfurt in Rspr. Bd. 9 S. 2: „Der Käufer muß in erkennbarer Weise seinen Kaufwillen von dem Vorhandensein bestimmter Eigenschaften der Sache abhängig gemacht und zugleich der Verkäufer seinen Willen, dafür einzustehen, zu erkennen gegeben" haben. Dasselbe gilt für den Werkvertrag.

[4]) RG. Bd. 52 S. 3 ff., Bd. 54 S. 223, Bd. 56 S. 50; JW. 1903 Beil. S. 124 Nr 274; Schneider im R. 1903 S. 522; Oertmann § 459 Bem. 5a; a. A. Dernburg Bd. II § 184 III. Ähnliches gilt für den Werkvertrag.

[5]) Planck II § 459 Bem. 2a in Verb. mit § 633 Bem. 1a; Oertmann § 459 Bem. 5a.

[6]) Oertmann § 459 Bem. 5a.

Eigenschaft zugesichert ist, eine allgemeine Zusicherung genügt[1]). Die Frage, ob es sich um eine rechtsverbindliche Zusicherung handelt oder nicht, ist unter Umständen schwer zu entscheiden. In solchem Falle wird der § 157 BGB. meistens eine befriedigende Lösung geben, wonach Verträge so auszulegen sind, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. So kann wohl ein Mangel einer zugesicherten Eigenschaft u. a. auch darin erblickt werden, daß der Unternehmer entgegen einer dahingehenden Vereinbarung das Werk nicht selbst hergestellt hat[2]). Bei mehreren Unternehmern wird analog den Vorschriften über den Kauf nur eine von allen abgegebene Zusicherung als verbindlich anzusehen sein[3]).

Der Zusicherung einer Eigenschaft des Werkes kommt die Zusicherung der Abwesenheit gewisser Mängel gleich[4]).

Als Mangel des Werkes ist es ferner anzusehen, wenn letzteres Fehler aufweist, die „den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern".

„Fehler" des Werkes bedeutet ein Zurückbleiben desselben hinter der normalen Beschaffenheit oder hinter einem zum besonderen nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauche geeigneten Werke[5]).

Unter dem „gewöhnlichen Gebrauch" des Werkes ist ein Gebrauch zu verstehen, der im Verkehr im allgemeinen gerade mit einem solchen Werke gemacht zu werden pflegt, ohne daß die besonderen Verhältnisse des Bestellers Berücksichtigung finden. Danach hätte z. B. in unserem Klima der Unternehmer wohl die fehlende Heizbarkeit der Zimmer, nicht dagegen auch die des Bodens usw. zu vertreten[6]).

[1]) RG. in Seufferts A. Bd. 58 (neue 3. Folge Bd. 3) Nr. 4 S. 8 f.
[2]) Planck II § 633 Bem. 1 a.
[3]) RG. in JW. 1903 Beil. S. 124 Nr. 274.
[4]) Oertmann § 459 Bem. 5 b; Planck II § 459 Bem. 2 a in Verb. mit § 633 Bem. 1 a.
[5]) Oertmann § 459 Bem. 4.
[6]) Oertmann § 459 Bem. 4 b α.

Ist nach dem Vertrage ein bestimmter Gebrauch des Werkes vorausgesetzt, so ist dieser maßgebend. Ein bestimmter Gebrauch gilt jedoch als nach dem Vertrage vorausgesetzt nur dann, wenn beide Vertragsschließende sich, sei es ausdrücklich oder stillschweigend, darüber geeinigt haben, daß das Werk gerade zu diesem Gebrauch dienen sollte. Es genügt nicht, daß der Besteller einseitig diesen Gebrauch — er wollte z. B. auch den Boden bewohnen — beabsichtigte, selbst wenn er seine Absicht zum Ausdruck gebracht hat, vielmehr muß der Unternehmer, wenn auch stillschweigend, seine Zustimmung hierzu gegeben haben[1]). Der nach dem Vertrage vorausgesetzte Gebrauch kann möglicherweise hinter dem gewöhnlichen zurückstehen. In solchem Falle mindert sich natürlich der allgemeine Umfang der Gewährleistungspflicht des Unternehmers[2]).

Der Unternehmer hat einen die Tauglichkeit des Werkes aufhebenden oder mindernden Fehler auch dann zu vertreten, wenn dieser den Wert des Werkes erhöht[3]).

Ist wegen eines Mangels des Werkes bereits Minderung erfolgt, so wird dadurch das Recht des Bestellers, wegen eines anderen Mangels, den der Unternehmer zu vertreten hat, auch noch Schadensersatz zu fordern, nicht ausgeschlossen[4]).

§ 5. b) Der Mangel muß auf einem Umstande beruhen, den der Unternehmer zu vertreten hat.

Wie das bisherige Recht gibt auch das BGB. dem Besteller nur dann einen Ersatzanspruch wegen Mängel des Werkes, wenn diese auf einem vom Unternehmer zu ver-

---

[1]) Planck II § 459 Bem. 1 b $\beta\beta\beta$ in Verbindung mit § 633 Bem. 1 a; Oertmann § 459 Bem. 4 a β; Dernburg Bd. II § 184 S. 50.

[2]) Oertmann § 459 Bem. 4 a β; Eccius bei Gruch. Bd. 43 S. 308.

[3]) Rspr. d. OLG. Bd. 8 S. 66 (Colmar); Planck II § 459 Bem. 1 b $\beta\beta\beta$ in Verb. mit § 633 Bem. 1 a.

[4]) Gemäß dem nach § 634 BGB. für den Werkvertrag entsprechend anzuwendenden § 475 BGB.; Planck II § 635 Bem. 5; Levi in Neumanns JDR. 2. Jahrg. 1—1904 Bem. 2 zu § 635.

tretenden Umstand beruhen [1]), was wohl in der Regel der Fall sein wird. Es ist sonach ein Kausalitätsverhältnis erforderlich [2]).

α) Umfang der Vertretungspflicht des Unternehmers.

Hierbei kommen die allgemeinen Vorschriften der §§ 276, 278 BGB. zur Anwendung [3]). Die Vertretungspflicht kann in zweifacher Weise begründet sein, nämlich in einem Verschulden oder in einer Garantieübernahme des Unternehmers [1]) [4]).

Der Begriff „Verschulden" umfaßt nach dem BGB. Vorsatz und Fahrlässigkeit. „Vorsatz" bedeutet „die auf die Vornahme einer Handlung oder die Herbeiführung eines Erfolges gerichtete Willensbestimmung" [5]). Dabei ist nicht etwa maßgebend, daß der Unternehmer eine bestimmte Handlung oder Unterlassung „gewollt" hat, sondern daß er mit seiner Handlung bzw. Unterlassung einen bestimmten Erfolg, nämlich das Eintreten des Mangels, bezweckt oder doch das Bewußtsein gehabt hat, seine Handlung oder Unterlassung werde diesen Erfolg haben [6]).

Unter „Fahrlässigkeit" versteht das BGB. die Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen — nicht etwa üblichen — Sorgfalt [7]). Als letztere bezeichnet Planck „diejenige Sorgfalt, welche in dem gesunden und normalen Verkehr für erforderlich und genügend gehalten wird, mag diese im einzelnen Falle auch nicht genügen, einen Schaden abzuwenden, während eine noch größere Sorgfalt dazu genügt hätte." Es wird eine Sorgfalt verlangt, die „nach der gesunden Verkehrssitte von einem ordentlichen Menschen er-

---

[1]) Oertmann, § 635 Bem. 1; Dernburg BGB. II 2 § 320 IV.

[2]) v. Staudinger II b § 635 Bem. 1 a.

[3]) Neumann BGB. I § 635 Bem. 1.

[4]) Mot. II S. 481; Planck II § 635 Bem. 2 a; v. Staudinger II b § 635 Bem. 2.

[5]) Mot. I. S. 280.

[6]) Planck I Vorbem. III zum Allgem. Teil, S. 41.

[7]) § 276 Abs. 1 Satz 2.

wartet“ werden kann [1]). Derselben Ansicht ist auch Dernburg, wenn er sagt: „Das ist die im Verkehr erforderliche Sorgfalt, daß man in seinen Berufsgeschäften sich so benimmt, wie der ordentliche Berufsgenosse“ — in unserem Falle also wie der ordentliche Werkmeister [2]). Diese Frage hat im Einzelfalle der Richter selbständig nach der objektiven Sachlage zu entscheiden [3]). Als ein von dem Unternehmer zu vertretender Mangel des Werkes ist es beispielsweise zu betrachten, wenn jener infolge seiner Unaufmerksamkeit eine Mauer des Bauwerks über die Grenze an das Eigentum des Nachbarn hat setzen lassen und diesem der Besteller deshalb eine Entschädigungssumme zahlen muß [4]).

Ein Verschulden seiner Gehilfen hat der Unternehmer gemäß § 278 BGB. in gleichem Umfange zu vertreten wie eigenes [5]). Eine ähnliche Haftung des Unternehmers bestand schon im gemeinen Rechte — wenigstens nach der herrschenden Lehre [6]).

Bei der Haftung für das Verschulden eines Gehilfen ist zu unterscheiden, ob nach dem Inhalte des Werkvertrages der Unternehmer berechtigt ist, sich anderer Personen zur Herstellung des Werkes zu bedienen — was die Regel bilden wird, da es beim Werkvertrage in erster Linie auf den Erfolg ankommt [7]) — oder nicht. Ist er hierzu berechtigt und macht er von dieser Befugnis Gebrauch, so hat er ohne Rücksicht darauf, ob ihn selbst ein Verschulden trifft, jedes Verschulden seiner Gehilfen in gleichem Umfange zu vertreten wie eigenes. Soll er dagegen nach dem Inhalte des Vertrages das Werk persönlich herstellen — z. B. weil es die Natur der Leistung erfordert oder weil der Besteller

---

[1]) Planck I Vorbem. III zum Allgem. Teil, S. 40.

[2]) Dernburg II 2 § 63 II 2. 3. Aufl. S. 148.

[3]) v. Staudinger Vorb. II 2 a zu den §§ 275—282.

[4]) Bad. Rspr. 1906 S. 252 (Karlsruhe) in Neumanns JDR. 5. Jahrgang 1907 zu § 635 Bem. 2.

[5]) Oertmann § 635 Bem. 3; Planck II § 635 Bem. 2a; v. Staudinger II b § 635 Bem. 2; Dernburg, Bürg.R. II 2 § 319 I.

[6]) l. 25 § 7 D. 19, 2.

[7]) Dernburg, Bürg.R. II 2 § 319 III.

zu dem Unternehmer ein besonderes Vertrauen hegt[1]) —, so trifft ihn ein Verschulden, das er zu vertreten hat, schon dadurch, daß er sich anderer Personen bedient[2]). Außerdem wird, wie bereits erwähnt worden ist — vgl. § 4 der vorliegenden Arbeit —, darin, daß der Unternehmer entgegen einer dahingehenden Vereinbarung das Werk nicht selbst hergestellt hat, ein Mangel einer zugesicherten Eigenschaft zu erblicken sein.

Die Vertretungspflicht des Unternehmers kann durch Vertrag über die durch die Vorschriften der §§ 276, 278 BGB. begründete Haftung hinaus bis zur vollen Garantieübernahme gesteigert sein. Daß letztere in der bloßen Zusicherung einer Eigenschaft zu erblicken sei, daß also das Fehlen einer solchen zugesicherten Eigenschaft ohne weiteres einen Schadensersatzanspruch aus § 635 begründe, ist nach den allgemeinen Grundsätzen des BGB. nicht anzunehmen. Das Gesetz enthält auch für den Werkvertrag, anders als beim Kauf[3]), keine entsprechende besondere Bestimmung[4]). Natürlich wird in einer ohne ausreichende Information erklärten Zusicherung leicht ein vertretbares Verschulden zu finden sein[5]).

Nicht selten wird von dem Unternehmer die Garantie für eine bestimmte Zeit übernommen. Dies kann eine doppelte Bedeutung haben: Einmal kann hierin eine Verlängerung der Verjährungsfrist enthalten sein[6]), sodann aber kann in der Zeitbestimmung eine Verpflichtung des Unternehmers liegen, ohne Rücksicht auf Verschulden für sämtliche inner-

[1]) Dernburg, Bürg.R. II 2 § 319 III.

[2]) Planck II § 278 Bem. 2b.

[3]) § 463 BGB.

[4]) Oertmann, § 635 Bem. 1b; ähnlich Planck II § 635 Bem. 2a; a. M. Neumann BGB. II § 635 Bem. 1; auch v. Staudinger II b § 635 Bem. 2b; ferner OLG. Kassel Rspr. d. OLG. Bd. 7 S. 479, wonach der § 463 BGB. für den Werkvertrag analog anzuwenden sei, da § 635 die Haftung dem Kauf gegenüber nicht beschränke, sondern umgekehrt erstrecke. Hiergegen RG. Bd. 58 S. 179 f.

[5]) Oertmann, § 635 Bem. 1b.

[6]) § 638 BGB.; vgl. § 11 der vorliegenden Arbeit.

halb der Garantiefrist hervortretende Mängel zu haften und diese unentgeltlich zu beseitigen, falls sie nicht erweislich auf einem Umstande beruhen, den der Besteller oder ein Dritter zu vertreten hat[1]; z. B. ein Uhrmacher garantiert, eine von ihm reparierte Uhr werde ein Jahr lang richtig gehen[2]. Wie das Garantieversprechen zu verstehen ist, ist Auslegungsfrage im Einzelfalle. Hierbei wird gemäß § 157 BGB. die an einem bestimmten Orte oder in einem bestimmten Gewerbe bestehende Verkehrssitte ganz besonders in Betracht zu ziehen sein[3].

β) Konkurrierendes Verschulden des Bestellers.

Wie bereits oben ausgeführt worden ist — vgl. § 2 der vorliegenden Arbeit — kann der wegen Mängel des Werkes zum Schadensersatz verpflichtete Unternehmer keinesfalls noch eine Zahlung dem Besteller gegenüber beanspruchen, vielmehr braucht er in dem für ihn günstigsten Falle nur seinerseits nicht zu zahlen. Diese vom Reichsgericht[4] gezogene Folgerung erleidet jedoch eine Einschränkung in dem Falle, daß zu der Entstehung des Mangels ein Umstand mitgewirkt hat, der vom Besteller zu vertreten ist[5]. In diesem Falle muß gegen den Besteller die allgemeine Vorschrift des § 254 BGB. über Kulpakompensation zur Anwendung kommen, und zwar bezüglich der Leistungen beider Vertragsteile, nicht nur bezüglich des Anspruchs des Bestellers auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Es ist mithin sehr wohl denkbar, daß auf diese Weise im Ergebnis der Besteller den Werklohn ganz oder wenigstens zum Teil zu zahlen hat[6]. Der Unternehmer haftet beispielsweise für diejenigen Mängel eines Bauwerkes nicht, die infolge von Maßregeln entstanden

---

[1]) Planck II Vorb. 6 zu §§ 633—639 u. § 638 Bem. 5; v. Staudinger II b § 635 Bem. 2 b; Meyer im R. 1903 S. 76; Rspr. d. OLG. (Karlsruhe) Bd. 2 S. 477.

[2]) Planck II Vorb. 6 zu §§ 633—639.

[3]) Planck II Vorb. 6 zu §§ 633—639.

[4]) RG. Bd. 58 S. 177.

[5]) RG. Bd. 69 S. 383 f.

[6]) RG. Bd. 69 S. 383 f.

sind, welche der die Bauleitung persönlich führende Besteller selbst getroffen hat, oder die auf ein Verschulden des letzteren zurückzuführen sind, z. B. fehlerhafte Pläne, ferner schlechte und unzureichende Materialien [1]).

Eine besondere Frage ist es, ob der Unternehmer den ihm zur Verfügung gestellten Stoff zu untersuchen hat. Eine allgemeine Pflicht hierzu läßt sich aus dem Gesetze nicht entnehmen, dies um so weniger, als die Folgen einer Mangelhaftigkeit im Stoffe gemäß § 645 BGB. im allgemeinen vom Besteller zu tragen sind. Indessen wird eine Prüfungspflicht des Unternehmers dann anzunehmen sein, wenn der Unternehmer bezüglich des Stoffes als Sachkundiger sich ergibt und eine derartige Prüfung nach dem Vertrage seitens der Parteien beabsichtigt war — z. B. wenn der Besteller dem Schneider Stoff zur Anfertigung eines Anzuges gibt [2]) —, anders dagegen, wenn der Besteller als Sachverständiger erscheint und eine Nachprüfung durch den Unternehmer nicht erwarten durfte, beispielsweise, wenn ein Fabrikant seinen Arbeitern den in der Fabrik hergestellten Stoff zur Bearbeitung übergibt [3]). Im Einzelfalle gilt hier der Auslegungsgrundsatz des § 157 BGB. [4]).

Hat der Unternehmer dagegen in dem ihm zur Verfügung gestellten Stoffe einen Mangel erkannt, so ist er verpflichtet, dies dem Besteller mitzuteilen, ohne Rücksicht darauf, wer von den Kontrahenten als Sachverständiger für die Prüfung des Stoffes erscheint. Diese Pflicht trifft den Unternehmer selbst dann, wenn möglicherweise die Mängel dem Besteller bereits bekannt sind [2]) [4]).

§ 6. c) Der infolge des Mangels entstandene Schaden muß dem Werke unmittelbar anhaften.

Eine weitere Voraussetzung für die Geltendmachung des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung aus § 635 ist,

---

[1]) Bad. Rspr. 1906 S. 252 (Karlsruhe) in Neumanns JDR. 5. Jahrg. 1907 zu § 635 Bem. 2.

[2]) Oertmann § 635 Bem. 4.

[3]) v. Staudinger II b § 635 Bem. 5.

[4]) Mot. II S. 486.

daß der infolge des Mangels dem Besteller erwachsene Schaden dem Werke unmittelbar anhaftet und dem Besteller daher bereits in dem Zeitpunkte der Abnahme oder Vollendung des Werkes derart erwachsen ist, daß zu seiner Entstehung nicht noch das Hinzutreten eines besonderen selbständigen Ereignisses erforderlich ist. Hat dagegen der Schaden seinen Grund nicht in dem Mangel des Werkes selbst, sondern bedarf es des Dazwischentretens einer dritten Person, insbesondere der Benutzung des Werkes durch den Besteller, damit für ihn aus dem Mangel ein Schaden entsteht, so hängt der auf diese Weise entstandene Schaden mit dem Mangel des Werkes nur mittelbar zusammen. Ein solcher Schaden fällt nicht in den Rahmen der im § 635 dem Unternehmer auferlegten Haftung für Schadensersatz wegen Nichterfüllung [1]). Kein Anspruch aus § 635 wird beispielsweise in dem Schadensersatzanspruch wegen unrichtiger vertragsmäßiger Auskunftserteilung — falls ein solcher Vertrag überhaupt als Werkvertrag anzusehen ist — zu erblicken sein, da bei dieser stets ein Gebrauch auf seiten des Bestellers erforderlich ist, wenn aus ihrer Unrichtigkeit ein Schaden erwachsen soll. Eine Auskunft kann zwar mangelhaft sein, jedoch der hieraus dem Besteller entstandene Schaden kann ihr niemals unmittelbar anhaften [2]). Dagegen wird es sich bei einem Anwaltswerkvertrage vorwiegend um Schäden handeln, welche aus dem Mangel des Werkes selbst ohne weiteres Mittelglied hervorgehen. Der hieraus sich ergebende Ersatzanspruch des Bestellers wird daher meistens unter die im § 635 bestimmte Haftung fallen. Voraussetzung ist jedoch, wie schon hervorgehoben worden ist, daß der Schaden schon bei der Abnahme oder Vollendung des Werkes entstanden ist [3]).

Um einen dem Werke unmittelbar anhaftenden Schaden, für den der Unternehmer gemäß § 635 ersatzpflichtig ist,

---

[1]) RG. Bd. 64 S. 43 f.; JW. 1911 S. 444.

[2]) Witkowski, DJZ. 1909 S. 1487.

[3]) RG. Bd. 64 S. 44. Hiergegen Friedländer in Neumanns JDR. 8. Jahrg. 1910 zu § 635 Bem. I 2c.

handelt es sich auch, wenn der Besteller das Werk unmittelbar nach seiner Lieferung in Gebrauch nimmt und bei dieser Ingebrauchnahme ein Schaden erwächst, der in einem vom Unternehmer zu vertretenden Mangel seinen Grund hat[1]).

Die Zweiteilung des Schadens in unmittelbaren und mittelbaren wird insbesondere bekämpft von Ganz[2]) — vgl. § 11 der vorliegenden Arbeit.

§ 7. d) Es müssen dieselben Voraussetzungen erfüllt sein, unter denen der Besteller gemäß § 634 BGB. Wandelung oder Minderung verlangen kann.

Da der Schadensersatzanspruch aus § 635 BGB. „statt" Wandelung oder Minderung begehrt werden kann, so muß er auch dieselben Voraussetzungen wie diese Ansprüche haben[3]).

Danach muß[4]) der Besteller, falls das gelieferte Werk mangelhaft ist, nach § 634 Abs. 1 BGB. in der Regel zur Beseitigung des Mangels dem Unternehmer zunächst eine angemessene Frist mit der Erklärung setzen, daß er die Beseitigung nach dem Ablaufe der Frist ablehne[3]). Erst nachdem letztere abgelaufen ist, ohne daß der Mangel beseitigt worden ist, kann der Besteller Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, nicht dagegen ohne weiteres, wenn der Unternehmer mit der Beseitigung des Mangels im Verzuge ist[5]). Andererseits setzt die Fristsetzung des § 634 Abs. 1 Verzug des Unternehmers nicht notwendig voraus[6]).

---

[1]) RG. Bd. 71 S. 175.

[2]) DJZ. 1909 S. 1434.

[3]) Planck II § 635 Bem. 2a; v. Staudinger II b § 635 Bem. 1c; Oertmann § 635 Bem. 2a; RG. Bd. 56 S. 81ff.; OLG. Breslau im R. 1903 S. 180.

[4]) Die Worte: „kann" eine Frist setzen — im § 634 Abs. 1 BGB. — haben hier die Bedeutung von „muß" eine Frist setzen; vgl. Neumann BGB. § 634 Bem. 1.

[5]) RG. Bd. 58 S. 180 gegen OLG. Kassel Bd. 7 S. 479; Oertmann § 635 Bem. 1c.

[6]) Planck II § 634 Bem. 1a; Schöller, Gruch. Beitr. Bd. 46 S. 255ff.; Oertmann § 635 Bem. 1c: Beim Verzuge in der „Herstellung" des Werkes kommt nicht § 635, sondern § 636 zur Anwendung.

Der Besteller muß die Frist jedenfalls derart bemessen, daß innerhalb derselben eine Beseitigung des Mangels objektiv möglich ist. Aber auch auf die subjektiven Verhältnisse sowohl des Bestellers wie des Unternehmers ist billige Rücksicht zu nehmen, da das ganze zwischen ihnen bestehende Rechtsverhältnis von dem Grundsatze von Treu und Glauben beherrscht wird[1]). Eine zu kurz bemessene Frist ist unwirksam[2]). Nach Düringer-Hachenburg setzt sie doch eine objektiv angemessene Frist in Lauf[3]).

Ist der Unternehmer auf Beseitigung des Mangels vom Besteller bereits verklagt worden, so kann dieser fordern, daß das Gericht die Frist im Urteile bestimmt[4]). Letztere muß angemessen sein, sie beginnt mit der Rechtskraft des Urteils und ist eine Ausschlußfrist[5]).

Bestimmt der Besteller eine Frist mit der Erklärung, daß er nach dem fruchtlosen Ablaufe der Frist die Nachbesserung auf Kosten des Unternehmers vornehmen werde, so entspricht dies nicht der Vorschrift des § 634 Abs. 1, da die Androhung fehlt, daß der Besteller nach fruchtlosem Ablaufe der Frist die Beseitigung der Mängel ablehnen werde[6]).

Die Bestimmungen des § 634 Abs. 1 BGB. über die Fristsetzung und Androhung bleiben auch anwendbar trotz eines Garantieversprechens des Unternehmers, für alle innerhalb einer gewissen Zeit hervortretende Mängel einzustehen und diese für den Fall, daß sie auf einem Umstande beruhen, den der Unternehmer zu vertreten hat, unentgeltlich beseitigen zu wollen[7]).

---

[1]) Planck II § 634 Bem. 1a.

[2]) Levy in Neumanns Jahrb. D. R. 2. Jahrg. I 1904, zu § 634 Bem. 2.

[3]) Düringer-Hachenburg in Neumanns JDR. 3. Jahrg. 1—1905 zu § 634 Bem. 1.

[4]) § 255 ZPO.

[5]) Levy in Neumanns JDR. 2. Jahrg. I 1904, zu § 634 Bem. 2.

[6]) R. 1909 II Ziff. 979 (Naumburg).

[7]) Sächs. Rpfl. A. 1907 S. 528 (Dresden) in Neumanns JDR. 6. Jahrg. 1908, zu § 634 Bem. 1d.

Zeigt das Werk schon vor seiner Ablieferung, insbesondere, wenn es erst teilweise hergestellt ist, einen Mangel, infolgedessen es nach der Fertigstellung als unbrauchbar angesehen werden müßte, so kann der Besteller die Frist sofort bestimmen[1]). Letztere darf jedoch nicht vor der für die Ablieferung bestimmten Frist ablaufen. Ist die Frist bereits fruchtlos abgelaufen, so hat der Unternehmer keinen Anspruch mehr auf Abstellung des Mangels[2]); ob er jetzt zur Beseitigung desselben bereit ist oder nicht, ist unerheblich[3]).

Ausnahmsweise kann der Schadensersatzanspruch aus § 635 auch ohne Fristsetzung geltend gemacht werden, nämlich, wenn die Beseitigung des Mangels unmöglich ist, der Unternehmer sie verweigert oder, wenn ein besonderes Interesse des Bestellers die sofortige Geltendmachung seines Anspruches auf Schadensersatz rechtfertigt[4]).

Unter Unmöglichkeit der Beseitigung ist hier nur die objektive Unmöglichkeit zu verstehen[5]). — Liegt der Mangel beispielsweise darin, daß die Kellersohle eines fertigen Hauses eine zu tiefe Lage besitzt, so ist seine Beseitigung durch Erhöhung des Kellerfußbodens unmöglich, da hierdurch der vereinbarte Kubikinhalt des Kellers verringert würde; unter Beseitigung des Mangels aber ist die Herstellung des vertragsmäßigen Zustandes zu verstehen[6]).

Der Besteller ist nicht berechtigt, anstatt des mangelhaften Werkes ein neues fehlerfreies zu fordern[7]). Dagegen kann der Unternehmer den Mangel durch Lieferung eines

---

[1]) § 634 Abs. 1 Satz 2 BGB.; Endemann I § 175 Nr. 4; Rspr. d. OLG. Bd. 17 S. 421.

[2]) § 634 Abs. 1 Satz 3 BGB.

[3]) OLG. Karlsruhe, Bad. Rspr. 1904 S. 311 in Neumanns JDR. 3. Jahrg. 1—1904, zu § 635 Bem. 3.

[4]) Entsprechend dem § 634 Abs. 2 BGB.

[5]) Levy in Neumanns JDR. 2. Jahrgang. 1—1904 zu § 634 Bem. 5; Planck II § 634 Bem. 2; Recht 1903 S. 180; Oertmann § 634 Bem. 3b.

[6]) RG. in R. 1909 II Ziff. 2107.

[7]) RG. in R. 1908 II Ziff. 1537; RG. Bd. 57 S. 275.

neuen mangelfreien Werkes beseitigen für den Fall, daß dieses innerhalb der gesetzten angemessenen Frist hergestellt werden kann und zur Herstellung desselben die Hilfe des Bestellers nicht notwendig ist, anderenfalls ist die Beseitigung des Mangels als unmöglich anzusehen [1]). So darf z. B. der Besteller eines Ölporträts, falls dieses mißglückt ist, die angebotene Nachbesserung sowie die Lieferung eines neuen Porträts ablehnen, da hierzu seine Hilfe, nämlich die Gewährung von neuen Sitzungen, erforderlich wäre [1]).

Eine Unmöglichkeit der Beseitigung ist nicht schon dann als vorliegend zu erachten, wenn der Unternehmer gemäß § 633 Abs. 2 BGB. die Abstellung des Mangels wegen unverhältnismäßigen Aufwandes verweigern könnte [2]).

Der Grundsatz, daß es einer Fristsetzung nicht bedarf, wenn von dem säumigen Kontrahenten die Erfüllung ernsthaft verweigert wird, gilt auch beim Werkvertrag für den Fall, daß der Unternehmer die Beseitigung der Mängel verweigert [3]). Dieser Grundsatz erstreckt sich auch auf den Fall, daß der Unternehmer die Beseitigung von ganz unzulässigen Bedingungen abhängig macht [3]) [4]). Eine Weigerung, die Mängel zu beseitigen, ist insbesondere auch anzunehmen, wenn von dem Unternehmer die Verpflichtung zur Abstellung der Mängel beharrlich in Abrede gestellt wird [5]). Daß die Weigerung ausdrücklich erfolgt, ist nicht erforderlich. Ihr stillschweigender Eintritt ist jedoch nur dann anzunehmen, wenn zur Beseitigung des Mangels der Besteller den Unternehmer vorher aufgefordert hat und aus dem ablehnenden Verhalten des letzteren gegenüber dieser Aufforderung ohne Zweifel hervorgeht, daß die Fristsetzung zwecklos sein würde [6]).

[1]) Rspr. d. OLG. Bd. 17 S. 424 (Kammergericht).

[2]) OLG Breslau, R. 1903 S. 180.

[3]) v. Staudinger II b § 635 Bem. 1 c.

[4]) RG. in JW. 1903 Beil. S. 139; RG. Bd. 58 S. 173 ff.

[5]) PosMSchr. 1909 S. 71 (Königsberg) in Neumanns JDR. 8. Jahrg. 1910, zu § 634 Bem. III 2a.

[6]) Bad. Rspr. 1909 S. 146 (Karlsruhe) in Neumanns Jahrb. DR. 8. Jahrg. 1910, zu § 634 Bem. III 2 b.

§ 8. IV. Haftung des Unternehmers nach den allgemeinen Vorschriften des BGB. über gegenseitige Verträge.

Neben dem Anspruche auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung aus § 635 kann der Besteller die Rechte geltend machen, welche ihm die allgemeinen Vorschriften des BGB. über die Nichterfüllung gegenseitiger Verträge — §§ 320 ff. BGB. — gewähren[1]). Danach kann er vor allem nach § 320 BGB. die Einrede des nicht oder nicht gehörig erfüllten Vertrages vorschützen[2]) oder für den Fall, daß die Voraussetzungen der Unmöglichkeit oder des Verzuges vorliegen, gemäß §§ 323 ff., 326 BGB. vorgehen. Die Anwendbarkeit der allgemeinen Vorschriften kann praktisch deswegen von Bedeutung sein, weil der Schadensersatzanspruch des Bestellers aus § 635 gemäß §§ 638, 639 BGB. in der daselbst bestimmten kurzen Zeit verjährt[3]), bezüglich der allgemeinen Haftung des Unternehmers dagegen die regelmäßige Verjährungsfrist läuft.

Die Rechte, welche die allgemeinen Vorschriften des BGB. über gegenseitige Verträge dem Besteller gewähren, bleiben ihm auch dann, wenn er von seinem Rechte, dem Unternehmer gemäß § 634 Abs. 1 zur Abstellung der Mängel eine Frist zu setzen, keinen Gebrauch macht[4]).

Für die Einrede aus § 320 und mithin auch für eine Anwendung des § 322 BGB. ist kein Raum mehr vorhanden, wenn nach Ablauf der gesetzten Nachbesserungsfrist die Beseitigung der Mängel von dem Besteller endgültig abgelehnt und das Werk zurückgewiesen wird[5]). Denn durch eine endgültige Ablehnung verweigert der Besteller nicht nur seine Gegenleistung bis zur Bewirkung der Leistung,

---

[1]) Dernburg BGB. II 2 § 320 Ziff. V.; auch Rspr. d. OLG. Bd. 12 S. 79.

[2]) Seufferts Archiv Bd. 59 (neue 3. Folge Bd. 4) S. 140; RG. Bd. 58 S. 175 f.

[3]) Planck II Vorb. 4 zu §§ 633—639.

[4]) Rspr. d. OLG. Bd. 12 S. 79.

[5]) RG. Bd. 58 S. 175; RG., JW. 1906 S. 333 f. Nr. 9; Schl.-Holst. Anz. 1906 S. 180 f.; RG. Bd. 69 S. 383; JW. 1908 S. 675 f. Nr. 3.

sondern will überhaupt nicht leisten, selbst dann nicht, wenn der Unternehmer ihm ein mangelfreies Werk anbietet. In einem solchen Falle würde eine endgültige Regelung der Rechtsverhältnisse nicht erfolgen können, da infolge der Einrede aus § 320 BGB. der Besteller nur zur Erfüllung Zug um Zug zu verurteilen wäre, was gegen seinen Willen verstoßen würde. Der Besteller muß daher bei Ablehnung der Gegenleistung seine Einrede so gestalten, daß die Rechtsverhältnisse endgültig geregelt werden können[1]).

Nach Titze kommen bei Mangelhaftigkeit der Sache nur die Vorschriften über Mängelgewähr zur Anwendung, die durch die Bestimmungen der §§ 323 ff. über Unmöglichkeit der Leistung nicht ergänzt werden dürfen[2]). Ganz dagegen erklärt die allgemeinen Vorschriften des BGB. hinsichtlich der Haftung des Schuldners wegen schuldhafter Verletzung des Vertrages neben der Haftung aus § 635 nur dann für anwendbar, wenn der Schaden nicht in einem Werkmangel, sondern in der „Verletzung einer neben der Werklieferung bestehenden selbständigen Verpflichtung“ des Unternehmers seinen Grund hat[3]).

§ 9. V. Wegfall des Schadensersatzanspruches.

In gewissen Fällen ist der Unternehmer ausnahmsweise zur Leistung des Schadensersatzes nicht verpflichtet. Dies trifft zunächst zu, wenn die Voraussetzungen des § 640 Abs. 2 BGB. vorliegen. Nach dem Wortlaute desselben stehen dem Besteller, wenn er ein mangelhaftes Werk in Kenntnis des Mangels abnimmt, die in den §§ 633, 634 BGB. erwähnten Ansprüche auf Beseitigung des Mangels, auf Wandelung und Minderung nur für den Fall zu, daß er sich seine Rechte wegen des Mangels bei der Abnahme vor-

[1]) RG. Bd. 58 S. 175; RG.. JW. 1906 S. 333 f. Nr. 9; Schl.-Holst. Anz. 1906 S. 180 f.; RG. Bd. 69 S. 383; JW. 1908 S. 675 f. Nr. 3.

[2]) Titze, Unmöglichkeit S 307 in Neumanns JDR. 2. Jahrg. 1—1904 zu § 635 Bem. 3; ähnlich Schöller, Gruch. Beitr. Bd. 46 S. 256; Düringer-Hachenburg in JDR. 3. Jahrg. 1—1905 zu § 634 Bem. 1.

[3]) Ganz DJZ. 1909 S. 1434 ff.

behält. Es fragt sich nun, ob auch der Anspruch des Bestellers auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung durch vorbehaltlose Abnahme des Werkes in Kenntnis des Mangels erlischt. Allerdings wird der Ersatzanspruch aus § 635 vom Gesetze im § 640 nicht ausgeschlossen, und deshalb wollen ihn auch viele Rechtsgelehrte dem Besteller zusprechen[1]). Man wird jedoch mit Oertmann annehmen müssen, daß der Schadensersatzanspruch, da er nur „statt" der Wandelung oder Minderung verlangt werden kann, mit deren Erlöschen zugleich wegfallen muß[2]). Auch würde es wohl gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn der Besteller, der bei der Abnahme des Werkes dessen Mängel kennt und sich wegen derselben keine Rechte vorbehält, trotzdem später Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen könnte[3]).

Ferner hat der Besteller keinen Anspruch auf Schadensersatz, wenn er von vornherein weiß, daß das Werk von dem Unternehmer nur mit dem Mangel werde hergestellt werden können, insbesondere, wenn dies von dem Unternehmer dem Besteller gesagt worden ist[4]).

§ 10. VI. Gerichtsstand und Beweislast.

Als Gerichtsstand für die Klage des Bestellers auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung aus § 635 BGB. ist der vereinbarte Erfüllungsort maßgebend — § 29 ZPO. —. Denn bei der Schadensersatzklage wird die streitige Verpflichtung im Sinne des § 29 ZPO. nicht nach der Pflicht zur Leistung des Schadensersatzes, sondern nach der Vertragspflicht, wegen deren Verletzung der Schadensersatzanspruch geltend gemacht wird, bestimmt[5]). Für die Klage

[1]) Brückner, R. 1908 S. 841; ähnlich Cosack II § 148 II 5 f.

[2]) Oertmann § 635 Bem. 1 d α.

[3]) Dernburg, Bürg.R. II 2 § 320 VI. Hiergegen Planck II § 640 Bem. 3 b.

[4]) Oertmann § 635 Bem. 1 d β; RG., R. 1909 Nr. 2384.

[5]) RG. Bd. 40 S. 409 f.; Hess. Rspr. Bd. 8 S. 61 f. (Darmstadt) in Neumanns JDR. 6. Jahrg. 1908, zu § 635 Bem. 4.

auf Ersatz des Schadens wegen Mängel des Werkes kommt daher die Verpflichtung des Unternehmers zur Lieferung des versprochenen Werkes in Betracht[1]).

Bezüglich der Beweislast ist die allgemeine Vorschrift des § 282 BGB. entsprechend anzuwenden. Daher liegt, wenn streitig ist, ob der den Mangel verursachende Umstand von dem Unternehmer zu vertreten ist, diesem der Beweis ob[2]). Eine weitergehende Präsumtion in Bezug auf Bauwerke, nämlich, daß die hier innerhalb einer gewissen Zeit nach Fertigstellung sich zeigenden Mängel ohne weiteres von dem Baumeister verschuldet sind, stellt das BGB. im Gegensatz zu manchen bisherigen Rechten nicht auf[3]).

Die Stellung und der Ablauf der nach § 634 Abs. 1 erforderlichen Frist zur Beseitigung des Mangels bzw. das Vorhandensein einer im § 634 Abs. 2 verzeichneten Voraussetzungen, welche die Fristsetzung überflüssig machen, ist vom Besteller, die Beseitigung des Mangels innerhalb der gestellten Frist dagegen vom Unternehmer zu beweisen.

Eine Verschiebung der Beweislast wird durch die vom Unternehmer auf eine bestimmte Zeit übernommene Garantie — vgl. § 5 der vorliegenden Arbeit — herbeigeführt. Ist streitig, ob der Unternehmer ein Garantieversprechen überhaupt gegeben hat, so hat dies der Besteller zu beweisen[4]). Steht aber die Übernahme der Garantie fest, so wird die vertragsmäßige Präsumtion aufgestellt, daß die während der Garantiefrist hervortretenden Mängel des Werkes auf einem Umstande beruhen, den der Unternehmer zu vertreten hat. Letzterem steht es natürlich frei, den Gegenbeweis zu liefern[5]).

---

[1]) RG. Bd. 40 S. 409 f.; Hess. Rspr. Bd. 8 S. 61 f. (Darmstadt) in Neumanns JDR. 6. Jahrg. 1908, zu § 635 Bem. 4.

[2]) Planck II § 635 Bem. 2 b; Neumann BGB. II § 635 Bem. 3. Eck S. 521 in Neumanns JDR. 2. Jahrg. 1—1904, zu § 635 Bem. 4; vgl. auch RG. Bd. 10 S. 167 f.

[3]) Mot. II S. 489; Oertmann § 635 Bem. 1 d; v. Staudinger II b § 635 Bem. 2 b.

[4]) Neumann BGB. II § 635 Bem. 1.

[5]) Planck, Vorb. 6 zu §§ 633—639.

Die Abnahme[1]) des Werkes durch den Besteller führt regelmäßig eine Umkehrung der Beweislast herbei. Nach der Abnahme nämlich trifft den Besteller gemäß § 363 BGB., der auch bei mangelhafter Leistung und auf alle Schuldverhältnisse, insbesondere Werkverträge, entsprechend anzuwenden ist, die Beweislast, wenn er die Leistung des Unternehmers deshalb nicht als Erfüllung gelten lassen will, weil sie eine andere als die geschuldete Leistung oder weil sie unvollständig gewesen sei; insbesondere gilt dies, wenn er einen Schadensersatzanspruch wegen Mängel des Werkes geltend machen will[2]).

§ 11. VII. Verjährung.

Aus Zweckmäßigkeitsgründen ist die Verjährung des Schadensersatzanspruchs des Bestellers wie überhaupt seiner Ansprüche wegen Mängel des Werkes abweichend von den allgemeinen Bestimmungen des BGB. über die Verjährung[3]) geregelt und in wesentlicher Übereinstimmung mit den entsprechenden Kaufvorschriften[4]) eine kurze Verjährungsfrist bestimmt[5]) — im Gegensatz zu der Mehrzahl der bisherigen Rechte —[6]). Nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 638 BGB. nämlich verjährt der Anspruch des Bestellers auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, falls nicht der Unternehmer den Mangel arglistig verschwiegen hat, in sechs Monaten, bei Arbeiten an einem Grundstück in einem Jahre, bei Bauwerken in fünf Jahren. Dieser kurzen Verjährung unterliegt jedoch nicht jeder vertragliche Schadensersatzanspruch des Bestellers gegen den schuldhaften Unternehmer, sondern nur der Anspruch auf Ersatz eines solchen

---

[1]) § 640 BGB.

[2]) Planck II § 640 Bem. 3a; RG. in Gruch. Beitr. 1911 S. 87; vgl. auch § 11 der vorliegenden Arbeit.

[3]) §§ 194 ff. BGB.

[4]) §§ 477 ff. BGB.

[5]) Planck II § 638 Bem. 1.

[6]) Mot. Bd. II S. 486.

Schadens, der dem Werke unmittelbar anhaftet[1]) — vgl. hierzu § 6 der vorliegenden Arbeit —. Dagegen greifen die Bestimmungen des § 638 BGB. nicht Platz bei Ansprüchen des Bestellers auf Ersatz eines Schadens, der ihm erst durch die spätere Benutzung des mangelhaften Werkes entstanden ist. Derartige auf Ersatz eines nur mittelbaren Schadens gerichtete Ansprüche unterliegen der allgemeinen dreißigjährigen Verjährung des § 195 BGB.[2]). Gegen diese Zweiteilung des Schadens in unmittelbaren und mittelbaren wendet sich besonders Ganz[3]). Dieser weist auf die Tendenz des § 638 BGB. hin und meint, daß nach letzterem für sämtliche, dem Besteller aus der Lieferung eines mangelhaften Werkes entstehenden Ansprüche die kurze Verjährung Platz greifen solle, da es auf den Verkehr sehr hemmend und lästig einwirken würde, wenn der Besteller auf die Mängel noch nach längerer Zeit zurückgreifen könnte. Diese Tendenz erfordere, daß man auch Ansprüchen des Bestellers gegenüber, welche erst nach langer Zeit infolge eines aus dem Mangel des Werkes erwachsenden Schadens entstehen, die Einrede der Verjährung geltend machen könne.

Die Anwendung des § 638 BGB. ist ferner in den Fällen ausgeschlossen, in welchen es sich nicht um einen Mangel des gelieferten Werkes handelt, sondern um eine „durch positives Zuwiderhandeln gegen die pflichtmäßige Sorgfalt bei der Herstellung des noch nicht vollendeten Werkes begangene Vertragsverletzung", z. B. wenn bei einem Transporte eine Person verletzt wird. Auch bezüglich solcher, aus allgemeinen Grundsätzen — § 276 ff. BGB. — sich ergebender Ansprüche kommt der allgemeine Grundsatz des § 195 BGB. zur Anwendung[4]). Letzteres gilt auch, wenn der Unternehmer den Mangel arglistig verschwiegen hat[5]).

[1]) RG. Bd. 64 S. 43 f., Bd. 71 S 173.
[2]) RG. im R. 1911 Nr. 1724.
[3]) Ganz, in DJZ. 1909 S. 1434 ff.
[4]) RG. Bd. 66 S. 16 f., Bd. 62 S. 121 f., Bd. 64 S. 43 f.
[5]) Planck II § 638 Bem. 2; Dernburg II 2 § 320 VII 1.

Der § 638 BGB. findet Anwendung nicht nur, wenn es sich um die Herstellung einer Sache handelt, sondern auch für den Fall, daß ein Erfolg zu erzielen ist, z. B. bei einem Schleppvertrage[1]).

Bei Bauwerken verjährt der Schadensersatzanspruch aus § 635 erst in fünf Jahren, da sich bei diesen die Mängel häufig erst nach geraumer Zeit zeigen[2]). Was der Ausdruck „Bauwerk" bedeutet, erwähnt das Gesetz nirgends. Der Bestimmung des Begriffs wird der Zweck des Gesetzes und die Lebensanschauung zugrunde zu legen sein[3]). Nach der Definition des Reichsgerichts ist unter „Bauwerk" nach dem herrschenden Sprachgebrauche „eine unbewegliche, durch Verwendung von Arbeit und Material in Verbindung mit dem Erdboden hergestellte Sache" zu verstehen[4]). Brunnenanlagen, bei denen es sich vorwiegend um die Herstellung einer Öffnung im Erdboden und um die Befestigung derselben durch Röhren oder ähnliche Vorrichtungen handelt, fallen nicht hierunter; sie stellen vielmehr Arbeiten am Grundstücke dar[4]) [5]). Gleiches gilt von ländlichen Drainagearbeiten[6]) und von Ausschachtungsarbeiten[7]). Dagegen sind Teilarbeiten an einem Neubau, z. B. Dachdecker- und Malerarbeiten als Bauwerke anzusehen[8]).

Die Verjährung beginnt — abweichend von den allgemeinen Vorschriften der §§ 198, 201 BGB, — mit der Abnahme des Werkes durch den Besteller und wo eine Abnahme ausgeschlossen ist, z. B. bei immateriellen Produktionen,

---

[1]) OLG. Hamburg in Seufferts A. Bd. 59 (neue 3. Folge Bd. 4) S. 361; RG. in JW. 1905 S. 484 Nr. 1; RG. Bd. 66 S. 16.

[2]) Planck II § 638 Bem. 3c.

[3]) Planck II § 638 Bem. 3d.

[4]) RG. Bd. 56 S. 42f.; ähnlich Dernburg BR. II 2 § 320 VII 2 Anm. 18.

[5]) OLG. Marienwerder, Seufferts A. Bd. 60 — neue 3. Folge Bd. 5 — S. 11.

[6]) R. 1906 S. 369.

[7]) R. 1905 S. 801.

[8]) RG. Bd. 57 S. 379ff. und die dort zitierte Entscheidung des Kammergerichts.

mit der Vollendung des Werkes [1]). Die kurze Verjährungsfrist kann nicht beginnen, wenn der Besteller die Abnahme des Werkes verweigert [2]). Ist eine rechtskräftige Verurteilung des Bestellers zur Abnahme erfolgt, so beginnt die Verjährungsfrist mit der Rechtskraft des Urteils [3]).

Was nun unter dem Ausdrucke „Abnahme“ zu verstehen ist, darüber gibt das Gesetz keine nähere Erklärung. Einige wie beispielsweise Jacobi, erblicken in der Abnahme des Werkes — ebenso wie beim Kauf [4]) — nur die tatsächliche Wegnahme der Sache [5]). Nach der herrschenden Ansicht dagegen bedeutet „Abnahme“ die Annahme als Erfüllung derart, daß die Leistung des Unternehmers nach der Abnahme zunächst als vertragsmäßige gilt. Der Besteller kann zwar auch dann noch etwaige Mängel des Werkes rügen, aber es trifft ihn in solchem Falle nach § 363 BGB. die Beweislast, wenn er die Leistung des Unternehmers nicht als Erfüllung gelten lassen will [6]) — vgl. § 10 der vorliegenden Arbeit —.

Aus der Kürze der in § 638 BGB. für den Schadensersatzanspruch des Bestellers bestimmten Verjährungsfrist ergeben sich gewisse Bedenken. Da die Verjährung mit der Abnahme des Werkes beginnt, so ist es möglich, daß der Besteller den Mangel erst nach Ablauf der Verjährungsfrist entdeckt oder, daß letztere noch vor der Frist abläuft, welche der Besteller gemäß § 634 Abs. 1 BGG. dem Unternehmer zur Beseitigung des Mangels gesetzt hat [7]). Derartige Fälle werden jedoch, wenn der Besteller es an der nötigen Aufmerksamkeit nicht fehlen läßt, nur ganz selten

---

[1]) §§ 638 Abs. 1 Satz 2, 646 BGB.

[2]) Dernburg, BR. II 2 § 320 VII 3.

[3]) v. Staudinger II b § 638 Bem. 6; a. M. Planck II § 638 Bem. 4.

[4]) § 433 BGB.

[5]) Jakobi, Iherings Jahrb. Bd. 45 S. 283.

[6]) Planck, II § 640 Bem. 1 a; Endemann I § 141 Bem. 7; Rosenberg, Iherings Jahrb. Bd. 43 S. 256 ff.; RG. Bd. 57 S. 338 ff; OLG. Hamburg in Seufferts A. Bd. 59, — neue 3. Folge Bd. 4 — S. 361; Lehmann, DJZ. 1902 S. 491.

[7]) Planck II § 638 Bem. 1.

vorkommen, die sich aus ihnen ergebenden Bedenken stehen auch in keinem Verhältnis zu den Vorteilen, die eine kurze Verjährungsfrist beim Werkvertrage gewährt [1]).

Die Berechnung der Verjährungsfristen erfolgt nach den allgemeinen Bestimmungen der §§ 186 ff. BGB. Für die Hemmung und Unterbrechung der Verjährung kommen zunächst ebenfalls die allgemeinen Vorschriften der §§ 202 bis 207 BGB. bzw. §§ 208—220 BGB. in Betracht [2]). Außerdem ist die Verjährung gehemmt im Falle des § 477 Abs. 3 oder des § 639 Abs. 2 BGB. und unterbrochen, wenn der Fall des § 477 Abs. 2 oder § 477 Abs. 3 vorliegt [3]). Für die Wirkung der Verjährung kommen die §§ 222—224 BGB. entsprechend zur Anwendung. Der Besteller ist jedoch berechtigt, seinen Schadensersatzanspruch beim Vorliegen der im § 479 BGB. bestimmten Voraussetzungen auch nach Ablauf der Verjährungsfrist aufzurechnen.

Die Verjährung des Ersatzanspruchs aus § 635 BGB. kann nach dem allgemeinen Grundsatze des § 225 BCB. durch Rechtsgeschäft nicht ausgeschlossen werden; erschwert werden kann sie nur insoweit, als gemäß § 638 Abs. 2 die Verjährungsfrist vertragsmässig verlängert werden kann. Letztere darf jedoch über die gewöhnliche dreißigjährige Frist hinaus nicht erstreckt werden [4]). Dagegen kann die Verjährung des Schadensersatzanspruchs des Bestellers nach Belieben erleichtert, insbesondere abgekürzt werden [5]).

Übernimmt der Unternehmer eine Garantie für eine gewisse Zeit, so kann dies bedeuten, daß der Beginn der Verjährung hinausgeschoben werden soll [6]); unter Umständen kann aber damit eine Verlängerung der Verjährungsfrist gemeint sein. Im Zweifel ist die Garantieübernahme im erst-

[1]) Planck II § 638 Bem. 1.
[2]) Planck II § 638 Bem. 2.
[3]) Nach § 639 Abs. 1 BGB.
[4]) Oertmann, § 638 Bem. 2 b; Dernburg BR. II 2 § 320 Ziff. VII 4; a. M. Planck II § 638 Bem. 5 a.
[5]) § 225 BGB.
[6]) So Dernburg BR. II 2 § 320 Ziff. VIII.

gedachten Sinne auszulegen [1]) — vgl. hierzu auch § 5 der vorliegenden Arbeit —.

Hinsichtlich der Ansprüche, welche dem Besteller die allgemeinen Vorschriften der §§ 320 ff. BGB. gewähren — vgl. § 8 der vorliegenden Arbeit —, läuft die regelmäßige dreißigjährige Verjährungsfrist.

---

[1]) Planck II § 638 Bem. 5 b; OLG. Dresden im R. 1903 S. 263.

C. Zusammenfassung.

§ 12.

Unsere Untersuchungen führen uns zu folgendem Ergebnis: Auch beim Werkvertrage verfolgt der Schadensersatz wegen Nichterfüllung im wesentlichen die gleichen Zwecke wie bei den gegenseitigen Verträgen im allgemeinen. Er hat jedoch insoweit eine abweichende Regelung erfahren, als das eigenartige Vertragsverhältnis zwischen dem Besteller und dem Unternehmer des Werkes es erfordert. Bei der Aufstellung der Rechtssätze über die Haftung des Unternehmers wegen Mängel des Werkes, insbesondere über seine Verpflichtung zum Schadensersatze, hat das BGB. in erster Linie dem Besteller einen sicheren Schutz vor etwaigen Schäden gewähren wollen [1]). Diese Absicht des Gesetzgebers sucht auch die heutige Rechtsprechung nach Möglichkeit durchzuführen, insbesondere dadurch, daß sie zu seinen Gunsten in Übereinstimmung mit znhlreichen Theoretikern dem Schadensersatz wegen Nichterfüllung aus § 635 BGB. den oben erörterten weiten Sinn beilegt — vgl. § 2 der vorliegenden Arbeit — und ferner, daß sie den Besteller für befugt erklärt, neben seinem Ersatzanspruche diejenigen Rechte geltend zu machen, welche ihm die allgemeinen Bestimmungen des BGB. über Nichterfüllung gegenseitiger Verträge gewähren — vgl. § 8 der vorliegenden Arbeit —. Andererseits hat das Gesetz aber auch die Interessen des Unternehmers in genügendem Maße wahrgenommen, indem es nicht wie die meisten bisherigen Gesetzgebungen dem

---

[1]) Planck II Vorb. 3 zu §§ 633—639.

Besteller beim Vorliegen eines Mangels neben dem Rechte auf Beseitigung desselben sofort auch den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zuspricht [1]), vielmehr dessen Geltendmachung an das Vorhandensein ganz bestimmter Voraussetzungen knüpft — vgl. §§ 5, 6, 7 der vorliegenden Arbeit —. Auch läßt das BGB. den Ersatzanspruch des Bestellers wie überhaupt seine Rechte wegen Mängel des Werkes gemäß § 638 in der daselbst angegebenen kurzen Zeit verjähren — vgl. § 11 der vorliegenden Arbeit —. Zutreffend bemerkt daher Planck [2]), daß der Besteller zwar genügende und wirksame Rechtsmittel gegen den Unternehmer erhalten soll, damit er sich vor Schaden schützen kann, daß aber eine schikanöse Benutzung dieser Rechtsbehelfe und eine „zwecklose und unverhältnismäßige Schädigung" des Unternehmers verhütet werden soll.

[1]) Mot. II S. 481.
[2]) Planck II Vorb. 3 zu §§ 633—639.

Lebenslauf.

Am 24. Juni 1885 wurde ich, Johannes Peter Jasiński in Chojnica, Kr. Posen-Ost, geboren als Sohn des jetzigen pensionierten Lehrers Boleslaus Jasiński und der Wanda Jasińska geb. v. Kilińska. Ich bin katholischen Bekenntnisses und preußischer Staatsangehöriger.

Ostern 1891 trat ich in die Volksschule zu Chojnica ein. Von Ostern 1894 bis Ostern 1897 besuchte ich die Kaiserschule in Bromberg, vom Juli 1897 bis Ostern 1905 das Kgl. Marien-Gymnasium in Posen, sodann das Kgl. Gymnasium in Hohensalza, das ich Ostern 1907 mit dem Reifezeugnis verließ.

Hierauf studierte ich sechs Semester Rechts- und Staatswissenschaften, und zwar zwei Semester in Berlin, das folgende in Breslau, das vierte in Leipzig und die beiden letzten in Göttingen. Am 18. Juni 1910 bestand ich bei dem Kgl. Oberlandesgericht in Celle die erste juristische Staatsprüfung.

Alsdann wurde ich dem Amtsgericht Rendsburg zur Ausbildung als Referendar auf neun Monate, des weiteren dem Landgericht Kiel auf zwölf Monate, und am 4. Juli 1912 der Staatsanwaltschaft beim Landgericht II Berlin auf vier Monate überwiesen. Am 26. Juli 1912 machte ich in Breslau das Rigorosum.